



En Logroño, a 18 de mayo de 2023, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros Sres. D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a. Amelia Pascual Medrano, D^a. Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D^a. M^a. Belén Revilla Grande, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D^a. M^a. Belén Revilla Grande, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

34/23

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Haro, a través de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública, en relación con el procedimiento de *Responsabilidad contractual e indemnización a S.S.S.A. como consecuencia de la prórroga acordada para la prestación del servicio de gestión de instalaciones deportivas y actividades deportivas desde el 13 de febrero de 2021 hasta el 30 de junio de 2021, por importe de 187.048,02 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Único

El 5 de julio de 2022, S.S.S.A. presentó una solicitud de reequilibrio del contrato de gestión y mantenimiento de los CDM de Haro, acompañada de una justificación de sobrecostes del período comprendido entre el 13 de febrero de 2021 y el 30 de junio de 2022, en cuantía de 187.048,02 euros, que fue admitida a trámite por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Haro, en sesión celebrada el día 12 de julio de 2022, de cuyo expediente, resultan los siguientes antecedentes de interés:

1. El Pleno del Ayuntamiento de Haro, en sesión celebrada el día 3 de junio de 2015, adoptó acuerdo por el que adjudicó el “*Contrato administrativo mixto (gestión de servicio público, concesión de dominio público y servicios), de las instalaciones deportivas municipales en las zonas de «EI Ferial» y «EI Mazo», en el municipio de Haro, excepto el estadio deportivo de «EI Mazo»*”, a la empresa F.S.S.A (en la actualidad S.S.S.A. por cambio de denominación social).
2. El contrato administrativo se formalizó el día 9 de septiembre de 2015, sin embargo, se desprende del mismo contrato y del propio expediente administrativo, que la vigencia del mismo se antepuso a la fecha de formalización, señalándose como fecha de inicio de la prestación del servicio la del 13 de



mayo de 2015, por lo que su vigencia inicial, de 4 años, se extendería desde dicha fecha hasta el día 13 de mayo de 2019, si bien, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el contrato administrativo, reconocían la posibilidad de prorrogar el plazo de vigencia del contrato, por mutuo acuerdo entre las partes, por periodos anuales hasta un máximo de 2 años más, además, según se contempla de forma expresa en el contrato, *"en cualquier caso, y si el Ayuntamiento lo considera conveniente, el adjudicatario tendrá la obligación de continuar el servicio hasta el inicio del nuevo contrato que oportunamente se adjudique, siempre por un plazo máximo de seis meses desde la fecha dispuesta para la finalización del contrato"*.

3. El precio del contrato fue el resultante de la oferta, conforme se detalla, i) de 13/05/2015 a 31/12/2015, canon de 337.226,30 euros y 70.817,52 euros de IVA; ii) Años 2016, 2017, 2018 y 2019, canon de 530.550,00 euros y 111.415,50 euros de IVA por cada una de las anualidades; y, iii) 1/1/2021 a 12/5/2021, canon de 193.323,70 euros y 40.597,98 euros en concepto de IVA, sin posibilidad de revisión de precios. Se incluyeron en el contrato precios unitarios que, según el PCAP se aplicarían en posibles ampliaciones de servicios.

4. Por acuerdo del Pleno, en sesión celebrada el día 18 de febrero de 2019, se acordó la primera prórroga por mutuo acuerdo, del contrato administrativo referido que comprendía el período del 13 de mayo de 2019 a 12 de mayo de 2020.

5. Posteriormente, el Pleno, en sesión celebrada el día 14 de enero de 2020, tomó conocimiento de la no conformidad de la empresa contratista a la segunda prórroga prevista, aduciendo como causa de esta negativa, los sobrecostes del servicio derivados del incremento del salario mínimo interprofesional y de los costes directos e indirectos de elementos a emplear para la prestación, aunque mostraba la contratista, su disposición a continuar con el contrato, desistiendo de su renuncia, si pudiera modificarse el mismo, mediante el restablecimiento del equilibrio económico de la prestación, proponiendo, para tal supuesto, un incremento del canon del 6,8% elevándolo hasta el importe de 566.743,52 euros. Esta propuesta fue rechazada al ser informada desfavorablemente por la Secretaría y la Intervención General. El contrato, por tanto, una vez rechazada la aplicación de la segunda prórroga prevista, finalizaría su ejecución, el día 12 de mayo de 2020.

6. Con fecha 11 de febrero de 2020, por la Alcaldía, se ordenó iniciar expediente para licitar el citado servicio. A tal efecto, el 6 de abril de 2020, se adjudicó un contrato para la redacción de los pliegos. El 6 de mayo de 2020, se emite informe propuesta por el Secretario General para dejar *"en suspenso la contratación del nuevo contrato"*, justificado por el estado de alarma derivado de la COVID-19. Se tiene conocimiento indirecto de estos datos, a través de la lectura del informe del Interventor municipal de 12 de mayo de 2020.

En la Plataforma de Contratación del Sector Público, se ha podido comprobar que el *"nuevo contrato"* se convocó finalmente a licitación el día 30 de marzo de 2022 y que el 8 de mayo de 2022 se publicó la resolución declarándolo *"desierto por falta de licitadores"*.

7. El día 12 de mayo de 2020, fecha de vencimiento del contrato, el Pleno del Ayuntamiento, toma razón del Decreto de Alcaldía de la misma fecha, por el que se acuerda *"prorrogar el contrato administrativo mixto de las instalaciones deportivas municipales en las zonas de «El Ferial» y «El Mazo» en el municipio de Haro, excepto el estadio deportivo de «El Mazo», hasta la formalización del nuevo contrato"*, prórroga forzosa para el contratista, que se justifica por la situación excepcional de alarma consecuencia del COVID-19, y por aplicación del RD- Ley 8/2011, de 17 de marzo, en su redacción dada por el RD 11/2020, de 31 de marzo, que estipulaba que, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto



en el RD 463/2020, de 14 de marzo, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo dispuesto en el art.29.4 LCSP'17, con independencia de la fecha de publicación de la licitación.

8. La prórroga forzosa acordada, tenía su motivación, según consta en el informe de la Secretaría General y de la Intervención municipal, tanto en la normativa precitada, como en la cláusula 6.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato (PCAP), que establece: *"...En cualquier caso, y si el Ayuntamiento lo considera conveniente, el adjudicatario tendrá la obligación de continuar el servicio hasta el inicio del nuevo contrato que oportunamente se adjudique, siempre por un plazo máximo de seis meses desde la fecha dispuesta para la finalización del contrato"*. De conformidad con el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP, en adelante), norma de aplicación al contrato, que señala: *"Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el Órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el Órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el Órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles"*, si bien, se advierte por la Intervención que el tiempo de licitación *"no debiera demorarse más allá de las previsiones contenidas en el artículo 29.4 de la LCSP"*.

9. El contratista, con fecha 11 de febrero de 2021, comunica al Ayuntamiento que considera finalizada la prórroga forzosa acordada por el Ayuntamiento, que tiene establecido el límite legal máximo de nueve meses, y cuyo último día de cómputo de su vigencia es el día 12 de febrero de 2021. A partir de dicha fecha, considera el contratista que, si el Ayuntamiento de Haro estimase necesario que la empresa continuase en la prestación del servicio, deberá abonar los sobrecostes del servicio.

10. Si bien no se ha aportado al expediente, hay referencias en el mismo que acreditan que el día 25 de febrero de 2021, el Ayuntamiento de Haro envía un escrito al contratista solicitando conformidad a esta *"nueva prórroga hasta la formalización del nuevo contrato"*, prórroga que es expresamente aceptada por el contratista mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2021, aunque, con condiciones, así se afirma que *"F.S.S.A. se ratifica en su anterior escrito y manifestamos nuestra conformidad a la prórroga si, con el mismo alcance, las condiciones económicas se incrementaran para soportar los sobrecostes ocasionados"*, sobrecostes que cuantifica, mediante escrito presentado el 24 de marzo de 2021, en 589.268,52 euros anuales en concepto de canon y el incremento del precio hora del monitor deportivo a 22,06 euros/hora; posteriormente, el 9 de noviembre de 2021 presenta nuevamente escrito, estimando el canon a percibir en 669.148,77 euros y 23,28 euros/hora por el precio del monitor deportivo. Ninguno de estos escritos obtuvo respuesta por parte del Ayuntamiento, o, al menos, no consta aportada al expediente.

11. El día 5 de julio de 2022, la mercantil contratista, presenta *"solicitud de reequilibrio del contrato de gestión y mantenimiento de los CDM de Haro"*, adjuntando *"informe justificado de la factura de sobrecostes del periodo comprendido entre el 13 febrero 2021 y hasta el 30 junio de 2022"*, en el que cuantifica el importe a compensar en 187.048,03 euros, que incluyen el 9% de Gastos Generales (GG) y el 6% de Beneficio Industrial (BI). Dicha solicitud es admitida a trámite por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Haro, en sesión de 12 de julio de 2022, acordando la emisión de informe pericial y de informes técnicos municipales, así como, en su caso, informe de este Consejo.

12. En el informe técnico pericial emitido por el Ingeniero Industrial, contratado *ad hoc* por el



Ayuntamiento, se indica que el informe se ceñirá a la valoración de los sobrecostes, durante el periodo de 13 de febrero de 2021 hasta el 30 de julio de 2022, considerando que, “*se ha acordado como método de cálculo, abonar la diferencia entre la facturación por canon + horas de monitor y los costes reales del servicio. incluyendo en estos últimos un 9% de Gastos Generales y un 6% como Beneficio industrial*”, concluyendo con un informe favorable a la compensación que se solicita por importe de 187.048,03 euros.

13. A partir del 1 de mayo de 2022 (aunque su reclamación se extiende a los sobrecostes sufridos hasta el 30 de junio de 2022) los costes de suministros de gas y electricidad de las instalaciones deportivas son asumidos directamente por el Ayuntamiento de Haro y a partir del día 19 de diciembre de 2022, por acuerdo de su Junta de Gobierno se reduce el canon a satisfacer a la entidad contratista en un 5% por causa de la asunción de los costes energéticos por el Ayuntamiento, que, incidimos en ello, tuvo lugar el día 1 de mayo de 2022, y quizá la reducción del canon debió aplicarse con referencia a esa misma fecha, sin embargo, lo cierto es que estas variaciones no son consideradas en el informe pericial aportado al expediente.

14. En la Plataforma de contratación del Sector Público, se comprueba que el 20 de julio de 2022, se publicó el anuncio de licitación correspondiente a las prestaciones que nos ocupan y el 1 de febrero de 2023, se formaliza el nuevo contrato en favor de *O.S.R.S.L.U.*

15. La mercantil ha venido prestando efectivamente el servicio hasta el día 31 de enero de 2023, siendo prestado desde el día 1 de febrero de 2023 por nuevo contratista, tras licitación pública referida.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 27 de marzo de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el día siguiente, el Excmo. Sr. Consejero de Servicios Sociales y Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, a petición del Ayuntamiento de Haro, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 31 de marzo de 2023, procedió en nombre del mismo a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.



Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

1. El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo invocado por el órgano de contratación, resulta, según consta en el informe del secretario general, en los supuestos de responsabilidad contractual, de lo dispuesto en el artículo 191.3.c) de la LCSP'17 a cuyo tenor:

“3. No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma”.

2. Ahora bien, el precepto invocado, por razón temporal no es aplicable al contrato del que trae causa la reclamación que pretende sustanciarse en este expediente, sino que, la norma aplicable al contrato, es el artículo 211 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP'11), norma que continúa siendo de aplicación tras la entrada en vigor el día 9 de marzo de 2018, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP'17), por aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera que determina que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*. El precepto equivalente, es decir, el artículo 211 del TRLCSP'11 no requiere preceptiva intervención en este caso, del Consejo Consultivo.



3. Sin embargo, lo cierto es que se solicita Dictamen del Consejo sobre el procedimiento instruido por el Ayuntamiento de Haro sobre el reconocimiento de indemnización por importe de 187.048,02 euros a favor de la empresa contratista, S.S.S.A. por prestación del servicio de Gestión Integral de las Instalaciones Deportivas de Haro, desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el día 30 de junio de 2022, por lo que, sin anticipar el juicio que nos merezca el fondo de la cuestión, el carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja resulta aquí del art. 11.g) de nuestra Ley reguladora 3/2001, de 31 de mayo (LCCR), en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre.

A tenor del art. 11.g) LCCR:

“El Consejo deberá ser consultado en los siguientes asuntos: ...g) Reclamaciones que en materia de daños y perjuicios se formulen ante la Administración pública, incluidos en todo caso los entes a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 de la presente ley, cuando resulte preceptivo según la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial”.

Como puede verse, a efectos de determinar el umbral cuantitativo a partir del cual el dictamen del Consejo resulta preceptivo, el art. 11.g) LCCR remite a *“la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial”*. Pues bien, conforme a lo dispuesto en el art. 81.2 LPAC'15 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma será preceptivo, *“cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”*.

A falta de una previsión distinta en la legislación autonómica riojana, nuestro dictamen será preceptivo cuando la indemnización solicitada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros, lo que sucede aquí.

Tanto la Ley del Consejo Consultivo (art. 11.g) como su Reglamento (art. 12.2-g) se refieren a *“reclamaciones de daños y perjuicios”*. Esto dicho, es necesario matizar que el art. 11.g) LCCR extiende el carácter preceptivo del dictamen del Consejo a todos aquellos supuestos en que, por cuantía superior a 50.000 euros, se formulen *“reclamaciones... en materia de daños y perjuicios... ante la Administración Pública”*, con independencia de que esas reclamaciones invoquen o no, como título jurídico en el que se amparan, el concreto instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración ahora regulado por los arts. 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Una cosa es que, a efectos de determinar la cuantía que hace preceptivo el dictamen, el art. 11.g) LCCR se remita a la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración; y otra diferente que el dictamen sólo resulte obligado cuando la pretensión indemnizatoria del particular se asiente sobre esta concreta institución jurídica,



limitación que el art. 11.g) LCCR no contempla.

Segundo

Legislación aplicable al contrato.

La Disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP'17) establece que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Por tanto, al supuesto concreto que nos ocupa, resulta aplicable el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP'11), todo ello, sin perjuicio de lo que se dirá respecto a la aplicación excepcional del artículo 29.4 de la LCSP'17, en aplicación de la normativa COVID.

Tercero

La vigencia del contrato desde el día 13 de mayo de 2015 hasta el 12 de mayo de 2020.

1. “El *contrato administrativo mixto de gestión de servicio público, concesión de dominio público y servicios en las instalaciones deportivas municipales de «El Ferial» y «El Mazo», excepto el estadio deportivo*”, se adjudicó por el Pleno de la Corporación en sesión de 3 de Junio de 2015 a F.S.S.A por un precio anual de 530.550,00 euros IVA excluido, sin posibilidad de revisar precios y con una duración inicial de 4 años, computables desde el día 13 de mayo de 2015 hasta el día 12 de mayo de 2019, estando prevista la prórroga expresa, por mutuo acuerdo entre las partes, por periodos anuales, hasta un máximo de dos años más y una prórroga forzosa para el contratista hasta el inicio del nuevo contrato, que oportunamente se adjudicara, por un plazo máximo de seis meses computables desde la fecha prevista para la finalización del contrato.

2. El contrato fue objeto de una primera y única prórroga, de mutuo acuerdo entre las partes, que extendió su duración hasta el día 12 de mayo de 2020, fecha en la que finalizó la vigencia el contrato, ya que la entidad contratista había renunciado, en forma y plazo, a la segunda prórroga prevista, renuncia que fue aceptada por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 14 de enero de 2020, rechazando la propuesta de modificación del mismo, previos los informes desfavorables de la Secretaría General y de la Intervención municipal.



Cuarto

La rehabilitación de los efectos del contrato desde el día 13 de mayo de 2020 hasta el 12 de febrero de 2021 por aplicación del art. 29.4 de la LCSP'17.

1. Durante la vigencia del contrato, la situación de emergencia generada por la evolución del coronavirus COVID-19 (SARS-CoV-2), llevó al Gobierno de España a dictar, varias disposiciones que afectaron, entre otros muchos ámbitos, a los contratos administrativos vigentes, y a los expedientes de contratación en tramitación, así, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en su disposición adicional tercera acordó la suspensión de plazos administrativos para todo el sector público definido en la LPAC'15 que se mantuvo hasta el día 1 de junio de 2020. El Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 preveía, en su artículo 16, según su redacción inicial, la tramitación por el procedimiento de contratación de emergencia a todos los contratos que hubieran de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas lo que, indudablemente afectó a la tramitación de los expedientes de contratación iniciados y alteró las reglas generales de la competencia en la Administración Local a favor de la Alcaldía, de acuerdo con el artículo 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

2. Por otra parte, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, reguló un régimen especial de suspensión de los contratos que se encontraban vigentes a la fecha de su entrada en vigor (18 de marzo de 2020), y cuya ejecución se viera materialmente imposibilitada (total o parcialmente) como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas para combatirlo por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local.

En su ámbito de aplicación, se incluían, entre otros, los contratos vigentes suscritos al amparo del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP'11).

3. Además, el Real Decreto-Ley 11/2020 de 31 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 en su disposición final primera sobre modificación del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, apartado diez, preveía que:



“...en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente...”

Sobre la aplicación de esta disposición a los contratos celebrados al amparo del TRLCSP'11, queda resuelta en el apartado 7 de la norma que determina:

“7. A los efectos de este artículo sólo tendrán la consideración de «contratos públicos» aquellos contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; o al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público...”

4. Por tanto, consideramos jurídicamente correcta la aplicación al contrato administrativo al que se refiere este Dictamen, de lo dispuesto en el artículo 29.4 de la LCSP'17 que preveía la continuidad en la prestación del servicio por un plazo máximo de 9 meses, en lugar de los 6 meses previstos en el PCAP, pero no resulta aplicable, sin embargo, el artículo 225 del TRLCSP'11, invocado para motivar la justificación de la prolongación de la vigencia del contrato más allá de los nueve meses máximos previstos en la Ley, además, este artículo otorga al órgano de contratación, facultades excepcionales para la determinación de la retribución del contratista, que son de aplicación en supuestos de resolución del contrato y de las que carece el órgano de contratación al aplicar el artículo 29.4 de la LCSP'17, que prescribe dos condiciones limitativas: i) el periodo máximo de nueve meses, y ii) la imposibilidad de modificar las restantes condiciones del contrato.

5. Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Pública (JCCP) en su informe 36-2020 sostiene que el artículo 29.4 LCSP es aplicable cuando queda exenta de culpa la entidad licitadora, esto es, siempre que el retraso en la adjudicación del nuevo contrato sea producto de acontecimientos imprevisibles, y existan a su vez razones de interés público que lo justifiquen, en cuyo caso, se prevé la rehabilitación de los efectos del contrato extinguido por el transcurso del plazo.

La única diferencia o novedad sustancial introducida por el RD Ley 8/2020, como ha ocurrido con otras cuestiones, es reforzar o detallar la situación de pandemia como hecho habilitante; es decir, que esta causa sea considerada expresamente por el legislador como una condición habilitante de la aplicación de la norma general, además de exceptuar el requisito de la publicación de la licitación.



Dicho esto, la JCCPE entiende que no se trata de una prórroga tácita sino de un supuesto excepcional de rehabilitación o mantenimiento de los efectos del contrato hasta que finalice la nueva licitación, con el límite máximo de nueve meses, de modo que no se cause perjuicio para el interés público, por lo que considera no necesaria la formalización de la prórroga, dado que no es propiamente tal, sino que es una mera continuidad de la prestación a realizar por el contratista.

6. Concurriendo, por tanto, las circunstancias legales previstas, por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Haro, de fecha 12 de mayo de 2020 se resolvió prorrogar el contrato administrativo al que se refiere este expediente, si bien, en el acuerdo se señala que el contrato se mantendrá *“hasta la formalización del nuevo contrato”*, omitiendo la referencia al límite legal máximo de nueve meses, la ejecución de lo acordado fue conforme a derecho y las partes, dieron por finalizada la vigencia del contrato el día 12 de febrero de 2021, es decir, a los 9 meses de este supuesto de rehabilitación excepcional de la vigencia del contrato.

7. A juicio, por tanto, de este Consejo, la decisión de aplicación del artículo 29.4 de la LCSP'17 adoptada por la Alcaldía en Decreto de 12 de mayo de 2020, del que se dio cuenta al Pleno en sesión el mismo día, es conforme con la legislación aplicable, ya que aunque formalmente no se respetaba el límite de 9 meses máximo previstos en la misma, lo cierto es que la ejecución del acuerdo se ajustó a derecho, poniendo, ambas partes, fin al contrato en la fecha de finalización de la *“prórroga o rehabilitación excepcional”* del mismo, acordada en el plazo de 9 meses de su vigencia, es decir, el día 12 de febrero de 2021, hasta dicha fecha, la empresa prestó el servicio en las condiciones pactadas en el contrato y el Ayuntamiento de Haro pagó el precio pactado en el contrato.

Quinto

Sobre la prestación del servicio desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el 30 de enero de 2023.

1. Realizada la prestación del servicio por el contratista en los términos y condiciones regulados en el artículo 29.4 de la LCSP'17, con fecha 11 de febrero de 2021, comunicó al Ayuntamiento de Haro que consideraba finalizada el día 12 de febrero de 2021 la prórroga forzosa acordada por el Ayuntamiento y que a partir de dicha fecha, indica el contratista que, si el Ayuntamiento de Haro estimara necesario que la empresa continuase en la prestación del servicio, debería abonar los sobrecostes del servicio.

Esta petición fue aceptada por el Ayuntamiento de Haro por escrito fechado el día 25 de febrero de 2021, acordando las partes una nueva *“prórroga”* cuya duración se extendería hasta *“la fecha de formalización del nuevo contrato”*. Aunque en el expediente remitido no obra dicho escrito, este Consejo no puede dudar de su existencia, pues el propio



Ayuntamiento lo cita en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en el acuerdo del Pleno de 12 de julio de 2022, se reconoce que se acordó la continuidad en estos términos: “*Dada cuenta de la prórroga adoptada por el Ayuntamiento para continuar con el contrato de servicios, y que el mismo se viene prestando desde el 13 de febrero de 2021 por F.S.S.A.*”, también se refiere a este escrito el contratista en sus propuestas y estudios de sobrecostes.

Además, *F.*, la acepta expresamente mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2021, en el que se indica que “*se ratifica en su anterior escrito y manifestamos nuestra conformidad a la prórroga si, con el mismo alcance, las condiciones económicas se incrementaran para soportar los sobrecostes ocasionados*” para cuyo resarcimiento presenta solicitud de reequilibrio del contrato con fecha 5 de julio de 2022, dando lugar al expediente al que se refiere este dictamen.

2. El escrito dirigido por el Ayuntamiento de Haro a la contratista en fecha 25 de febrero de 2021, debe ser considerado como un acto formal de adjudicación, ya que, según tiene reiteradamente declarado este Consejo (D.9/23, entre otros), acto administrativo es toda declaración de voluntad, conocimiento o juicio emitida por una Administración pública, en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria, y como tal declaración de voluntad por la que la Administración municipal, seleccionando a un contratista concreto con exclusión de cualesquiera otros, le encomendó la realización de prestaciones que son propias de un contrato que sólo puede calificarse como administrativo y que tiene el contenido esencial propio de los *actos de adjudicación* de los contratos administrativos, tal como los definen los arts. 150.3 y 151 LCSP’17.

3. Por otro lado, la naturaleza *administrativa* del contrato que nos ocupa es indudable, tanto por razón de *quien lo adjudica*, una Administración local (art. 2.1 y 3.1.a LCSP’17), como por razón de su *objeto o finalidad*, que es la prestación de un servicio público de titularidad o competencia local.

4. En este caso, no podemos entender que nos encontramos ante una nueva prórroga del contrato, ya que éste, se había extinguido por cumplimiento del plazo máximo posible de vigencia. Nos encontramos ante una nueva adjudicación de un contrato sin respeto al procedimiento legalmente establecido, sin determinación del plazo de su vigencia, y sin fijar un precio cierto y, por tanto, sin respetar el contenido mínimo previsto en el artículo 35 de la LCSP’17.

5. La prestación del servicio contratado, se inició por el contratista el día 13 de febrero de 2021, como han admitido ambas partes en el expediente de reclamación sobre el que se emite este Dictamen a pesar de que el “*acto formal*” de adjudicación se dictó el día 25 de febrero de 2021 y su duración se extendió hasta el día 31 de enero de 2023. Durante su vigencia, se dictaron otros actos administrativos con el fin de adecuar la retribución del contratista a los costes del servicio prestado. En el expediente hay referencias de algunos de



dichos actos que hemos mencionado anteriormente, como el hecho de que a partir del 1 de mayo de 2022 los costes de suministros de gas y electricidad de las instalaciones deportivas son asumidos directamente por el Ayuntamiento de Haro y que, a partir del día 19 de diciembre de 2022, por acuerdo de su Junta de Gobierno se reduce el canon a satisfacer a la entidad contratista en un 5% por causa de la asunción de los costes energéticos por el Ayuntamiento.

Quizá esa sea la razón de que la reclamación del contratista para la indemnización de daños y perjuicios a la que se refiere este expediente solo comprende el período de 13 de febrero de 2021 hasta el 30 de junio de 2022, en cuantía de 187.048,02 euros, a pesar de que, en concepto de canon, se pagó en este periodo un importe de 728.281,97 euros IVA excluido y 129.715,71 euros en concepto de importe de monitor, lo que importa un total de 857.997,69 IVA excluido.

Sin embargo, no constan en el expediente ni el coste del servicio asumido, de forma directa por el Ayuntamiento ni los importes que, sin reparo u observación de la Intervención General fueron satisfechos al contratista durante todo el periodo de vigencia del nuevo contrato.

6. De todo lo anterior, resulta que, en este caso, el Ayuntamiento de Haro dictó un acuerdo de adjudicación de un contrato, mediante escrito dirigido al contratista de fecha 25 de febrero de 2021, cuyos efectos se produjeron desde el día 13 de febrero de 2021, una vez vencido y extinguido el contrato anterior, lo que supone, a nuestros efectos, que existe materia revisable, esto es, un acto administrativo susceptible de ser sometido a la potestad revisora de la Administración si incurre en alguno de los vicios que, conforme a los arts. 106 y ss. LPAC'15, justifican el ejercicio de esa potestad, tal y como ha venido manteniendo este Consejo (D.53/22).

El régimen aplicable a este acuerdo de adjudicación, debe ser el de la LCSP'17 puesto que no guarda relación alguna con el contrato anterior, ya extinguido.

El artículo 38 de la LCSP'17, declara la invalidez de los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos algunos de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes, en concreto, el artículo 39 enumera las causas de nulidad de los contratos y se remite a las indicadas en el artículo 47 LPAC'15, además de contener causas específicas, como la falta de publicación del anuncio de licitación o la inobservancia de la formalización del contrato. Como se ha señalado, de entre los actos dictados por las Administraciones públicas en el seno de su actividad contractual, el art. 41.1 LCSP'17 identifica, como susceptibles de revisión de oficio, "*los actos preparatorios y... los actos de adjudicación de los contratos*" y la comunicación de 25 de febrero de 2021, puede, perfectamente, calificarse como un acto de adjudicación de un contrato, y no como una prórroga imposible



de un contrato extinguido por cumplimiento del plazo de vigencia.

Sobre la procedencia, en este caso, de iniciar un procedimiento de revisión de oficio en el que se declare la nulidad del contrato, el Dictamen de la CJA de la Comunidad de Madrid 460/22 indica que, en estos casos, *“resulta muy significativo el dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre 2011 (expediente 1724/2011) en el que pone de manifiesto que por mucho que la práctica y doctrina anterior hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que «en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato. Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad»”*. Ello no obstante, puntualiza el Consejo de Estado, *“nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma”*.

De acuerdo, por tanto, con la doctrina reseñada, considera el Consejo que procede iniciar el procedimiento para la revisión de oficio del contrato por concurrir causa de nulidad de pleno derecho, al haberse incumplido, claramente, las previsiones legales en perjuicio del interés general y de terceros, posibles licitadores, sin que la administración concluyera el procedimiento de adjudicación iniciado el día 11 de febrero de 2020 hasta el día 1 de febrero de 2023, fecha en la que el nuevo contratista comienza la prestación del servicio.



7. En conclusión, no procede analizar la propuesta de resolución de indemnización contractual, porque este Consejo considera que el Ayuntamiento de Haro al encargar a la entidad mercantil S.S.A., por escrito dirigido a la citada contratista con fecha 25 de febrero de 2021, con efectos desde el día 13 de febrero de 2021, dictó un acto de adjudicación contractual nulo de pleno Derecho [art. 47.1 e) LPAC'15], cuya nulidad conlleva también la del contrato mismo.

Sexto

Sobre la liquidación del contrato y sus efectos

La declaración de nulidad, en su caso, producirá los efectos previstos en el artículo 42.1 de LCSP/17, que indica que *“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

En relación con las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad la doctrina de este Consejo, reflejada entre otros en su Dictamen 53/22, ha considerado que:

“...la declaración de ser nulo de un contrato sinalagmático -como lo es cualquier contrato administrativo de servicios, o de concesión de servicios- obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo, cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o bien, si tal devolución in natura fuese imposible, entregarle el valor económico de aquella prestación recibida ya de forma irrestituible.

En ese segundo supuesto, la entrega del valor económico de la prestación percibida opera como un mecanismo para evitar que una de las partes se vea beneficiada, a costa de la otra, por un enriquecimiento injusto, debiendo señalarse que la prohibición del enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho, (también del Derecho Administrativo), cuya operatividad ha sido proclamada por la jurisprudencia en las más diversas instituciones (especialmente en los contratos y la responsabilidad patrimonial). Así, por todas, puede citarse la STS 1ª de 15-12-1981, cuya doctrina es asumida también en las SSTs, 4ª, de 13-03-2014 y 17-07-2007; y en las SSTs, 3ª, 22-05- 2000, 13-02-2002 y 04-02-2009.

Pero, obsérvese bien que, en supuestos como el que nos atañe, la obligación de que el Ayuntamiento indemnice a la mercantil con una cantidad económica no deriva de un principio general del Derecho (la interdicción del enriquecimiento injusto), sino de una fuente normativa prevalente ex art. 1.1. Cc, como es un precepto del ordenamiento jurídico positivo, el precitado art. 42.1 LCSP'17”.

También en este caso, como en el caso analizado en el dictamen referenciado, es indiscutible que los servicios se han prestado, y que, por su propia naturaleza, son irrestituibles *in natura*, pues no pueden devolverse a la mercantil que los ha ejecutado, por



lo que, declarada, en su caso, la nulidad, podría ser resarcida la contratista con el *valor real* de los servicios efectivamente prestados, desde la fecha de efectos reales del contrato nulo, esto es, desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el día 31 de enero de 2023, fecha en la que la contratista cesó en la prestación del servicio al comenzar un nuevo contrato.

Si bien en este caso, debe hacerse notar que no existen datos económicos suficientes que permitan, ni siquiera tener una aproximación de la cuantía que pudiera corresponder en justa restitución del valor real al contratista, ya que su reclamación no ha abarcado todo el período durante el que se ha ejecutado la prestación, por lo que deberá acreditarse convenientemente en el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos que se instruya, o bien, en un procedimiento independiente y contradictorio derivado de aquel, el valor de la prestación realizada, conforme a la regla establecida en el citado artículo 42 de la LCSP/2017.

CONCLUSIONES

Primera

“El *contrato administrativo mixto de gestión de servicio público, concesión de dominio público y servicios en las instalaciones deportivas municipales de «El Ferial» y «El Mazo», excepto el estadio deportivo*”, celebrado por el Ayuntamiento de Haro con F.S.S.A, posteriormente S.S.S.A. por cambio de denominación del contratista estuvo vigente desde el día 13 de mayo de 2015, hasta el día 12 de mayo de 2020.

Los efectos del contrato extinguido por el transcurso del plazo de vigencia, fueron objeto de rehabilitación excepcional por aplicación del artículo 29.4 de la LCSP'17 que resultó aplicable al caso por la Disposición Final 1ª del Real Decreto Ley 11/2020 que modificó el Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo, cuya duración máxima de 9 meses concluyó el 12 de febrero de 2021, fecha en la que quedó definitivamente sin efecto el contrato referido.

Segunda

El nuevo contrato, adjudicado directamente, por el Ayuntamiento de Haro, mediante escrito dirigido al contratista con fecha 25 de febrero de 2021, acordando una nueva “*prórroga*” cuya duración se extendería hasta “*la fecha de formalización del nuevo contrato*”, la cual fue expresamente aceptada por el contratista mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2021, precisando que dicha conformidad se presta “*si, con el mismo alcance, las condiciones económicas se incrementaran para soportar los sobrecostes ocasionados*”, es un acto administrativo de adjudicación nulo de pleno derecho.



Tercera

Procede denegar la solicitud de *reequilibrio del contrato de gestión y mantenimiento de los CDM de Haro*”, durante el periodo de 13 de febrero de 2021 a 30 de junio de 2022 por importe de 187.048,03 euros, reclamados por el contratista, debiendo iniciarse un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos y posterior liquidación del contrato, con los efectos restitutorios que procedan, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP’17.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO